

ПРОБЛЕМИ КОМПЛЕКСНОГО ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПРАВОВІДНОСИН ДЕРЖАВНОЇ ЗАКУПІВЛІ

У статті проаналізовано теоретичні та практичні проблеми регулювання відносин в сфері державної закупівлі, системні чинники, що обумовлюють правопорушення в цій сфері правовідносин, а також цілі та напрями комплексного правового регулювання державної закупівлі.

Ключові слова: державні закупівлі, суб'єкти господарювання, система законодавства.

Здійснення процесу формування ринкової економіки в Україні і фундаментальні зміни у правовому просторі привели до суттєвих перетворень у сфері державних закупівель. В Україні в умовах формування ринкової економіки необхідним стало створення нового механізму здійснення державних закупівель на принципах: відповідальності, прозорості, контролю, ефективності. Питання правового регулювання та управління в сфері державних закупівель висвітлене в роботах таких учених, як Л. В. Балабанова, А. В. Карпачев, Р. Колишко, Л. О. Костенко, А. Коровніков, З. В. Максименко, Н. Б. Ткаченко, В. В. Морозова та інші.

При цьому всі визнають, що важливим регулятором господарських відносин у цій галузі залишаються господарсько-правові норми, які закріплюють вимоги держави щодо забезпечення принципів рівності форм власності, обмеження державного регулювання економічних процесів та та рівного ставлення держави до господарюючих суб'єктів.

Суб'єкти господарювання та інші учасники відносин у сфері господарювання здійснюють свою діяльність у межах встановленого правового господарського порядку, конституційні основи якого задекларовані ст. 5 ГК України. Загальні принципи господарювання, що викладені у ст. 6 ГК України, зобов'язують суб'єктів господарювання та інших учасників відносин у сфері господарювання здійснювати свою діяльність у межах встановленого правового господарського порядку, і які є похідними та тісно пов'язаними з основними принципами національної безпеки, викладеними в Законі України «Про основи національної безпеки України». Сфера державних закупівель напряму пов'язана з питаннями національної безпеки, оскільки, по-перше, здійснюється з залученням державних та комунальних ресурсів, по-друге, є сферою, що вразлива до корупційних діянь та зловживань. Загрозу становлять системні чинники, що обумовлюють вразливість сфери державних закупівель та призводять до неефективності впровадження державної політики у цій сфері, до яких зокрема належать:

- відсутність законодавчих засад здійснення закупівель товарів, робіт та послуг за рахунок публічних фондів коштів;
- дефіцит коштів, що виділяються на державні закупівлі, що не дає змоги замовляти кращі продукти з тих, що існують на ринку;
- низький рівень захищеності законом інтересів виконавців за договорами державної закупівлі, що не сприяє активності та участі в державних закупівлях тих суб'єктів, товари, роботи та послуги яких користуються попитом на ринку;
- відсутність системного контролю та нагляду за додержанням законів в цій сфері;
- відсутність чітко визначених суб'єктів відповідальності за правопорушення в цій сфері.

Як відомо Закон України «Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти» від 22.02.2000 № 1490-III втратив чинність на підставі Закону № 150-VI від 20.03.2008. Чинний нормативно-правовий акт, що є базовим в сфері регулювання відносин державної закупівлі, а саме Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження Положення про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти» від 17 жовтня 2008 р. № 921, затверджений органом, який, згідно з Рішенням Конституційного суду України від 9 жовтня 2008 року № 22-рп/2008, не має права регулювати відносини в сфері. Згідно з зазначеним Рішенням правовідносини щодо встановлення правил конкуренції у сфері державних закупівель, які відповідно до пункту 8 частини першої статті 92 Конституції України повинні визначатися виключно законами України.

Законами, які встановлюють лише засади правовідносин в сфері державної закупівлі є Господарський кодекс України, положення якого прямо відсилають до спеціального закону (ст. 13, 75–77, 79), а також Закон України «Про державне замовлення для задоволення пріоритетних державних потреб» від 22.12.1995 № 493/95-ВР, в якому встановлено лише межі розповсюдження на відносини державного замовлення норм законів в сфері державної закупівлі (ст. ст. 2, 3, 6). З іншого боку є два спеціальні закони, що регулюють питання

державного замовлення та державної закупівлі в окремих сферах, а саме: Закон України «Про державне оборонне замовлення» 03.03.1999 № 464-XIV та «Про державний матеріальний резерв» від 24.01.1997 № 51/97-ВР.

Систему законодавства України про державні закупівлі становить: Конституція України; Господарський кодекс України (зокрема, ст. ст. 13, 55, 75–77, 79, 181, 183); закони України: що визначають загальноправові і економічні засади здійснення процедур закупівель товарів, робіт і послуг за рахунок державних коштів та що визначають особливості державних закупівель в окремих сферах; Бюджетний кодекс, що визначає порядок витрачання бюджетних коштів згідно з договорами державної закупівлі; підзаконні нормативні акти: а) Постанови Кабінету Міністрів України, направлені на регулювання відносин у сфері державних закупівель загалом та спрямовані на регулювання закупівель окремих видів товарів, робіт, послуг або окремими категоріями замовників, а також регулюють питання попередньої оплати; б) відомчі акти: накази Міністерства економіки і з питань європейської інтеграції та накази інших міністерств.

Проте на сьогодні базовий закон, націлений на комплексне регулювання особливостей правовідносин в сфері державних закупівель відсутній. Отже, на сьогодні виникла необхідність прийняття такого закону. Слід зазначити, що Верховною Радою України прийнято постанову від 20.05.2008 № 286-VI «Про прийняття за основу проекту Закону України про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти». Однак робота над вказаним законопроектом має йти з урахуванням ряду чинників. Так, правове регулювання державних закупівель має на меті:

1) встановлення особливостей господарських правовідносин в сфері закупівель як таких які мають забезпечувати розвиток конкуренції між виконавцями, постачальниками і укладення контракту з найвигіднішими і для держави, і для виконавців, постачальників умовами, а також встановити ставлення до торгів як до конкурентного способу розміщення державного замовлення;

2) встановлення компетенції суб'єктів, уповноважених на розпорядження державними коштами та захист публічних фондів коштів від неефективного, неекономічного та нецільового використання;

3) недопущення корупції в цій сфері.

Виконання першої цілі реалізується шляхом встановлення в загальному антимонопольному законодавстві та спеціальному законодавстві в сфері закупівель положень щодо визначення учасників закупівлі, обов'язковості проведення торгів (тендеру), додержання вимог щодо проведення належних процедур закупівель, щодо оскарження процедури та її результатів, а також щодо додержання умов та порядку укладення договору. Саме торги з властивими їм рисами і умовами є тим інструментом, який дозволяє забезпечити розвиток конкуренції між виконавцями, постачальниками і укладення контракту з найвигіднішими і для держави,

і для виконавців, постачальників умовами. Саме торги повною мірою можуть забезпечити реалізацію всіх принципів здійснення державних закупівель. Проте Типовий закон ЮНСИТРАЛ про закупівлі товарів (робіт) і послуг від 30.05.97 р., базові Директиви ЄС, чинне законодавство України інтегрованого поняття торгів як конкурентного способу встановлення договірних відносин не містить, але в деяких актах зустрічається таке поняття, вживане щодо конкретних правовідносин. Відсутня також єдина класифікація конкурсів, внаслідок чого в деяких нормативних актах використовується різна термінологія, а однойменні правові дефініції вживаються з різним значенням.

На додержання другої мети націлені також норми фінансового права, які встановлюють межі компетенції замовників за договорами державної закупівлі на витрачання коштів бюджетів та державних цільових позабюджетних фондів коштів згідно з зобов'язаннями, які виникають за договорами державної закупівлі. Так, положеннями бюджетного законодавства, встановлено процедуру та особливості казначейського виконання фінансових зобов'язань замовників, зокрема в Наказах Державного казначейства України «Про затвердження Порядку обліку зобов'язань розпорядників бюджетних коштів в органах Державного казначейства України» від 09.08.2004 № 136 та «Про затвердження Порядку обслуговування державного бюджету за видатками та операціями з надання та повернення кредитів, наданих за рахунок коштів державного бюджету» від 25.05.2004 № 89. Бюджетно-правові норми також обмежують можливість здійснення попередньої оплати за договорами державної закупівлі і встановлюються з метою зменшення дебіторської заборгованості в бюджетному секторі. З моменту прийняття БК України точаться спори щодо доцільності законодавчо встановленої заборони попередньої оплати розпорядниками та одержувачами бюджетних коштів товарів, робіт та послуг. Так, згідно з ст. 51 Бюджетного кодексу України (БК України) така стадія виконання бюджету за видатками як здійснення платежів відбувається лише після настання такого юридичного факту, як отримання товарів, робіт та послуг, якому передують взяття бюджетних зобов'язань. В ч. 7 ст. 51 БК України чітко зазначено, що «розпорядник бюджетних коштів після отримання товарів, робіт та послуг відповідно до умов взятого бюджетного зобов'язання приймає рішення про їх оплату та подає доручення на здійснення платежу органу Державного казначейства України, якщо інше не передбачено нормативно-правовими актами». Отже, в БК України не передбачено можливості здійснення попередньої оплати товарів, робіт та послуг. Проте, на сьогодні попередня оплата здійснюється на підставі інших нормативно-правових актів, зокрема Кабінету Міністрів України. Така ситуація склалась в зв'язку з тим, що згідно зі ст. 34 Закону України «Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти», який втратив чинність, замовник у договорах, укладених за

результатами процедур закупівлі, у разі закупівлі товарів та послуг мав право передбачати здійснення попередньої оплати на строк, що не міг перевищувати 90 календарних днів, а у разі закупівлі робіт – на строк, що не міг перевищувати 180 календарних днів, за умови одержання відповідного позитивного висновку Міжвідомчої комісії з питань державних закупівель, згідно зі статтею 3–2 вказаного Закону.

На виконання вказаних положень Закону Кабінетом Міністрів України було прийнято Постанову «Питання попередньої оплати товарів, робіт і послуг, що закуповуються за бюджетні кошти» від 09.10.2006 № 1404 (далі – Постанова № 1404), якою передбачено випадки, за яких у договорах про закупівлю товарів, робіт і послуг за бюджетні кошти замовники можуть передбачати відповідно до належним чином оформленого рішення головного розпорядника бюджетних коштів попередню оплату. Проте, не зважаючи на те, що вказаний Закон втратив чинність, положення Постанови і на сьогодні застосовуються, що суперечить, по-перше, БК України, по-друге, принципам співвідношення сили нормативно-правових актів законодавчої та підзаконної сили. Вказана Постанова № 1404 регулює питання попередньої оплати товарів, робіт і послуг за бюджетні кошти за усіма договорами державної закупівлі, а не лише за договорами закупівлі, які є предметом правового регулювання Положення про державну закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти, затверджене постановою кабінету Міністрів України від 17 жовтня 2008 р. № 921. Тобто незалежно від вартості закупівлі та приналежності до винятків, що не підпадають під дію вказаного Положення.

Так, бюджетно-правові норми, що встановлюють додаткові обмеження, згідно з якими попередня оплата за договорами державної закупівлі навіть якщо вона передбачена договором не може здійснюватися в силу закону, містяться в Постанові Кабінету Міністрів України «Деякі питання організації бюджетного процесу» № 1036 від 26 листопада 2008 року (зі змінами та доповненнями), що прийнята в розвиток положень ч. 7 ст. 51 БК України. Так, в п. 6 вказаної постанови зазначено, що з метою недопущення зростання дебіторської заборгованості здійснювати розрахунки виключно за фактично поставлені товари, виконані роботи і надані послуги, крім випадків, передбачених в зазначеній постанові.

На забезпечення ефективності та цільового використання коштів публічних фондів, а також на додержання визначеної в законі процедури державної закупівлі спрямовані також норми кримі-

нального (зокрема, ст. 210 КК України), адміністративного права (зокрема, ст. 164-12 та 164-14 КУпАП), а також норми бюджетного права, що встановлюють відповідальність за порушення бюджетної дисципліни і за нецільове використання бюджетних коштів (ст. 117, 119 БК України). На недопущення корупції в сфері державної закупівлі спрямовані: Конвенція ООН проти корупції (стаття 9), ратифікована Законом України від 18.10.2006 № 251-V, а також новий пакет антикорупційних законів, що набувають чинності з 01.01.2010 року. Так, в Конвенції ООН проти корупції закріплено, що кожна Держава-учасниця вживає, згідно з основоположними принципами своєї правової системи, необхідних заходів для створення належних систем закупівель, які ґрунтуються на прозорості, конкуренції та об'єктивних критеріях прийняття рішень і є ефективними, *inter alia*, щодо запобігання корупції. Такі системи, які можуть передбачати належні порогові показники під час їхнього застосування, спрямовані, *inter alia*, на таке:

а) публічне поширення інформації, яка стосується закупівельних процедур і контрактів на закупівлі, зокрема інформацію про запрошених до участі в тендерах і належну або доречну інформацію про укладання контрактів, щоб надати потенційним учасникам тендерів достатній час для підготовки й подання їхніх тендерних заявок;

б) установлення, завчасно, умов участі, зокрема критеріїв відбору й прийняття рішень про укладання контрактів, а також правил проведення тендерів, та їхнього опублікування;

в) застосування завчасно встановлених й об'єктивних критеріїв стосовно прийняття рішень про державні закупівлі з метою сприяння подальшій перевірці правильності застосування правил або процедур;

г) ефективну систему внутрішнього контролю, у тому числі ефективну систему оскарження, для забезпечення можливості звернення в суд захисту та отримання компенсації у випадку недотримання правил або процедур, установлених згідно із цим пунктом;

д) у належних випадках заходи регулювання питань, що стосуються персоналу, який несе відповідальність за закупівлі, наприклад вимога про декларування заінтересованості в конкретних державних закупівлях, процедури перевірки й вимоги до професійної підготовки.

У зв'язку з цим, при прийнятті нового закону, що регулюватиме відносини у сфері державної закупівлі слід врахувати цілі та завдання, цього закону, міжсистемні зв'язки різних галузей права, норми яких регулюють відносини у вказаній сфері, а також враховувати міжнародні зобов'язання України.

Н. Я. Якимчук

Проблемы комплексного правового регулирования правоотношений государственной закупки.

В статье проанализированы теоретические и практические проблемы регулирования отношений в сфере государственных закупок, системные факторы, обуславливающие правонарушения в этой сфере правоотношений, а также цели и направления их комплексного правового регулирования.

N. Y. Yakimchuk

Problems of the complex regulation of the legal public procurement.

The theoretical and practical issues of public procurement relation regulating, systemic factors which cause infringement of the law in this field, as well as tasks and directions of its complex legal regulation are analyzed in the article.